

La legge della Regione siciliana 29 novembre 2005 n. 16 in tema di appalti di lavori e conferimento di incarichi di progettazione e gli atti di indirizzo in tema di trasparenza delle gare.

Autore: Salamone Vincenzo

In: Diritto amministrativo

Sommario: 1 - Introduzione; 2 - Il nuovo criterio di aggiudicazione; 3 - Le novità in tema di affidamento di incarichi di progettazione; 4 - Affidamento di lavori in caso di fallimento dell'aggiudicataria o risoluzione del contratto; 5 - Novità in tema di requisiti di partecipazione; 6 - La cauzione provvisoria; 7 - Il regime transitorio della legge regionale n. 16 del 2005; 8 - Il protocollo di legalità e l'obbligo di inserzione nei bandi delle disposizioni contenute nella circolare assessoriale LL.PP. 31 gennaio 2006 n. 593.

1 - Introduzione.

Con il presente scritto si vuole dare un contributo alla lettura della recente normativa introdotta dalla legge regionale 29 novembre 2005 n. 16, che si prefigge, soprattutto, l'obiettivo di ridare trasparenza alle procedure di gara nel settore dei lavori pubblici (e in quello connesso dell'affidamento degli incarichi di progettazione al di sotto di € 100.000).

Il quadro normativo si completa con una recente circolare dell'Assessorato ai lavori pubblici della Regione siciliana del 31 gennaio 2006 n. 593 (pubblicata nella Gazzetta ufficiale regionale n. 8 del 10 febbraio 2006), che dà attuazione concreta all'accordo di programma quadro di sicurezza e legalità per lo sviluppo della Regione siciliana "Carlo Alberto Dalla Chiesa".

La predetta circolare obbliga le stazioni appaltanti dell'Isola ad inserire nei bandi di gara clausole di autotutela volte a contrastare i fenomeni di turbativa d'asta o con la formazione di "cordate" tra le imprese concorrenti nella formulazione delle offerte, ovvero con fenomeni di "collegamenti sostanziali", che, sebbene non abbiano ancora ricevuto una disciplina legislativa, sono stati oggetto di recenti innovativi arresti giurisprudenziali.

2 - Il nuovo criterio di aggiudicazione.

A quasi quattro anni dal recepimento della legge Merloni in Sicilia, avvenuta, come si ricorderà, con la legge regionale 2 agosto 2002 n. 7, modificata con la legge regionale 19 maggio 2003 n. 7, il legislatore regionale torna al passato, sebbene con sostanziali correttivi, riproponendo un criterio di aggiudicazione disciplinato dall'articolo 1, comma 6 della legge regionale 2 settembre 1998 n. 21 e successivamente modificato dall'articolo 57 della legge regionale 27 aprile 1999 n. 10, per poi essere stato abrogato esplicitamente con la legge regionale numero 7 del 2002.

La legge regionale n. 16 del 2005, all'art. 1 comma 6, così recita: "All'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come introdotto dalla legge regionale 2 agosto 2002, n. 7 e successive modifiche ed integrazioni, sono apportate le seguenti modifiche:a)

al comma 1 le parole "con due cifre decimali" sono sostituite dalle parole "con tre cifre decimali"; Al comma 1bis le parole da "Relativamente" a "cinque" sono sostituite dalle seguenti: "Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata aggiudica l'appalto all'offerta che più si avvicina per difetto alla media aritmetica delle offerte rimaste dopo l'esclusione automatica delle offerte di maggiore o minor ribasso, nella percentuale determinata come segue. Per la determinazione di tale percentuale, la commissione aggiudicatrice, dopo la fase di ammissione delle offerte, in pubblica seduta, sorteggia un numero intero da 11 a 40. Il numero sorteggiato costituisce la percentuale delle offerte di minor ribasso da escludere; la differenza tra 50 e il numero sorteggiato costituisce la percentuale delle offerte di maggior ribasso da escludere. I numeri delle offerte da escludere corrispondenti a tali percentuali sono determinati senza tener conto di eventuali cifre decimali. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero di offerte valide risulti inferiore a cinque. Ove si sia in presenza di più aggiudicatari con offerte uguali, si procede immediatamente al sorteggio".

Dopo la novella legislativa il testo dei commi 1 e 1 bis dell'articolo 21 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come introdotto dalla legge regionale 2 agosto 2002, n. 7 e successive modifiche ed integrazioni è, pertanto, il seguente:

"Art. 21 "Criteri di aggiudicazione - Commissioni giudicatrici. - 1. L'aggiudicazione degli appalti mediante pubblico incanto è effettuata con il criterio del prezzo più basso inferiore a quello posto a base di gara, determinato, per tutti i contratti, sia a corpo che a misura, che a corpo e misura, mediante offerta espressa in cifra percentuale di ribasso, con tre cifre decimali, sull'importo complessivo a base d'asta, da applicare uniformemente a tutto l'elenco prezzi posto a base di gara.

1-bis.
Nei casi di aggiudicazione di lavori di importo pari o superiore al controvalore in euro di 5.000.000 di DSP

con il criterio del prezzo più basso di cui al comma 1, l'amministrazione interessata deve valutare l'anomalia delle offerte di cui all'articolo 30 della direttiva n. 93/37/CEE del Consiglio, del 14 giugno 1993, relativamente a tutte le offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media. Le offerte debbono essere corredate, fin dalla loro presentazione, da giustificazioni relativamente alle voci di prezzo più significative, indicate nel bando di gara o nella lettera d'invito, che concorrono a formare un importo non inferiore al 75 per cento di quello posto a base d'asta. Il bando o la lettera di invito possono precisare le modalità di presentazione delle giustificazioni, nonché indicare quelle eventualmente necessarie per l'ammissibilità delle offerte. Ove l'esame delle giustificazioni richieste e prodotte non sia sufficiente ad escludere l'incongruità della offerta, il concorrente è chiamato ad integrare i documenti giustificativi ed all'esclusione può provvedersi solo all'esito della ulteriore verifica, in contraddittorio. Relativamente ai soli appalti di lavori pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria, l'amministrazione interessata aggiudica l'appalto all'offerta che più si avvicina per difetto alla media aritmetica delle offerte rimaste dopo l'esclusione automatica delle offerte di maggiore o minor ribasso, nella percentuale determinata come segue. Per la determinazione di tale percentuale, la commissione aggiudicatrice, dopo la fase di ammissione delle offerte, in pubblica seduta, sorteggia un numero intero da 11 a 40. Il numero sorteggiato costituisce la percentuale delle offerte di minor ribasso da escludere; la differenza tra 50 e il numero sorteggiato costituisce la percentuale delle offerte di maggior ribasso da escludere. I numeri delle offerte da escludere corrispondenti a tali percentuali sono determinati senza tener conto di eventuali cifre decimali. La procedura di esclusione automatica non è esercitabile qualora il numero di offerte valide risulti inferiore a cinque. Ove si sia in presenza di più aggiudicatari con offerte uguali, si procede immediatamente al sorteggio”.

Appare evidente che nella normativa regionale siciliana i criteri di aggiudicazione delle aste pubbliche mutano in relazione alla rilevanza comunitaria dell'appalto, dal momento che per gli appalti sopra soglia rimane vigente il criterio di aggiudicazione previsto dalla normativa nazionale nella legge Merloni, mentre per gli appalti sotto soglia si applica il nuovo criterio introdotto dalla legge regionale n. 16 del 2005.

In primo luogo va ricordato che la legge regionale consente di formulare un'offerta con un ribasso percentuale costituito da non più di tre cifre decimali anziché, come precedentemente previsto, di due cifre decimali.

La modifica verosimilmente è finalizzata ad ampliare le possibilità di graduazione delle offerte e rendere meno probabile la presenza di offerte uguali.

Rimane inalterato, invece, il principio che l'eventuale indicazione di cifre decimali ulteriore alla terza sono del tutto irrilevanti (in sostanza il seggio di gara non ne tiene conto né ai fini della determinazione del prezzo contrattuale, né ai fini della formulazione delle medie delle offerte preordinata alla individuazione della soglia di anomalia in via

automatica[1].

Ciò premesso la prima operazione che deve compiere il seggio di gare è quella di operare il cosiddetto “taglio delle ali”, al fine di limitare l’influenza sulla media di riferimento rispettivamente dei minori e dei maggiori ribassi.

In questa fase procedurale è stata introdotta la più rilevante novità in quanto il legislatore regionale, al fine di ostacolare eventuali operazioni di presentazione di offerte collegate, ha previsto il meccanismo del sorteggio delle quote di offerte da escludere con il cosiddetto “taglio delle ali”, perché si collocano alle due estremità dell’elenco degli ribassi (maggiori ribassi e minori ribassi).

Il legislatore, infatti, ha previsto che il seggio di gara deve procedere al sorteggio di un numero di offerte con i minori ribassi pari a una percentuale che va dall’11 al 40%.

Sarà il bando di gara a specificare le modalità in cui dovrà avvenire del sorteggio (tra 30 numeri, da 11 a 40).

Una volta sorteggiato il numero percentuale delle offerte con i minori ribassi da escludere detto numero va detratto dalla percentuale del 50% dei maggiori ribassi e si individuerà conseguentemente la percentuale delle offerte con i maggiori ribassi da escludere.

Nella media non si tiene conto dei decimali (ad esempio, se applicando le percentuali predette andassero escluse 14,5 imprese concorrenti, il seggio di gara ne escluderà 14)

Un problema che il legislatore regionale non ha, invece, risolto è quello relativo alle misure che il seggio di gara deve adottare qualora nella percentuale di riferimento si collocano più offerte uguali.

In assenza di un chiarimento legislativo deve ritenersi applicabile il principio più volte ribadito dalla giurisprudenza secondo cui in sede di gara d’appalto di lavori pubblici, nel disporre l’esclusione delle offerte che superano la soglia di anomalia, con il cosiddetto “taglio delle ali”, si persegue l’intento di eliminare alla radice l’influenza che possono avere sulla media dei ribassi offerte manifestamente distanti dai valori medi e il ribasso così individuato ha natura oggettiva nel senso che si riportano ad un’unica categoria più offerte quando esse hanno, casualmente o meno, la medesima misura.

Conseguentemente nell’ipotesi in cui vi siano più offerte con la medesima percentuale e l’ampiezza dell’ala non consente di escluderle tutte, il termine offerta va inteso come espressione del ribasso percentuale delle offerte, per cui occorre escludere tutte le offerte con la medesima percentuale di ribasso, come se si trattasse di un’unica offerta[2].

Maggiore problematicità presenta la individuazione dell’offerta aggiudicataria dal momento che il

legislatore regionale ha specificato che l'aggiudicazione avviene in favore dell'**offerta** che più si avvicina per difetto alla media delle offerte.

Si noti bene che il legislatore regionale non ha utilizzato il termine "**ribasso**" che più si avvicina per difetto alla media dei ribassi.

La differenza terminologica non è di poco conto ai fini dell'esito della gara in quanto la giurisprudenza, con riguardo al criterio di aggiudicazione previsto nella legge regionale 2 agosto 2002 n. 7 (in cui si faceva riferimento all'offerta che più si avvicinava per difetto alla media), modificata con la legge regionale 19 maggio 2003 n. 7 (con la quale si è fatto, invece, riferimento al ribasso che più si avvicina per difetto alla media), dopo un lungo dibattito in dottrina e contrastanti orientamenti giurisprudenziali (ed una circolare regionale che indusse in errore le stazioni appaltanti), ha ritenuto che il termine "**offerta**" deve essere inteso nel senso di **importo monetario o nominale** dell'offerta da considerare, ai fini dell'aggiudicazione della gara, e l'offerta aggiudicataria va identificata in quella che più si avvicina per difetto alla media finale delle offerte rimaste in gara, ossia **in quella più vantaggiosa** per l'amministrazione in valore assoluto di prezzo rispetto alla media finale, anch'essa determinata in prezzo assoluto, e non nell'offerta il cui ribasso, espresso in percentuale, si avvicina per difetto al numero che indica la percentuale media dei ribassi[3].

Qualora, invece, il legislatore regionale avesse fatto riferimento al ribasso che più si avvicina per difetto alla media dei ribassi delle offerte rimaste in gara (come peraltro previsto, in via di correzione della precedente norma, l'articolo 57 della legge regionale numero 10 del 1999), il ribasso più vicino per difetto alla media dei ribassi corrisponde necessariamente all'offerta il cui prezzo in valore assoluto risulta immediatamente più alta rispetto al valore medio delle offerte rimaste in gara dopo l'esclusione di quelle eccedenti la soglia di anomalia e dopo il cosiddetto "taglio delle ali"[4].

Al fine di meglio comprendere il complesso meccanismo di aggiudicazione si riporta un esempio.

Si faccia il caso che siano state formulate
95 offerte.

Si procede innanzitutto al taglio delle ali, sorteggiando il numero delle offerte con i minori ribassi (da 11 a 40) ad es. il 15.

Le imprese concorrenti da escludere sono 14,5 (15% di 95), ma non si tiene conto dei decimali, per cui le imprese da escludere sono 14 (si ricordi che vanno escluse tutte le imprese con ribassi marginali uguali)

A questo punto le imprese da escludere con i maggiori ribassi sono il 50 - 15 % e cioè il 35%, per cui le imprese da escludere sarebbero 33,25 (35% di 95), ma non tenendosi conto dei decimali le imprese da escludere sono 33.

Rimangono in gara 48 imprese (95 - 33 -14)

Qualora ad esempio la media delle offerte rimaste in gara fosse 18,5588% non si procede ad arrotondamenti nella media (si calcola almeno fino alla quarta cifra decimale, posto che, infatti, l'offerta si formula con non più di tre cifre decimali, la quarta è irrilevante) e l'aggiudicazione avverrebbe in favore dell'**offerta** che più si avvicina per difetto alla media, ad esempio 18,559%, e cioè all'offerta che presenta il **ribasso più favorevole per l'amministrazione**.

Se il legislatore, invece, del termine "offerta" avesse utilizzato il termine "ribasso", l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in favore dell'offerta meno vantaggioso per l'amministrazione (ad es. 18,557).

Del tutto in linea con i principi generali è la previsione di escludere il ricorso a criteri di esclusione automatica delle offerte anomale in presenza di almeno cinque offerte valide e ciò in quanto il numero minimo e garanzia per evitare effetti distorsivi.

Nelle ipotesi che le offerte validamente ammesse alla gara di appalto di un'opera pubblica risultino inferiori a cinque, pur non potendo operare il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale, l'aggiudicazione non spetta incondizionatamente all'impresa proponente il maggiore ribasso, atteso che, in tale eventualità, la Stazione appaltante conserva il potere di chiedere alle imprese partecipanti la giustificazione dei ribassi ritenuti eccessivi e di procedere comunque all'esclusione delle offerte non adeguatamente giustificate.

Infatti l'articolo 89 del d.p.r. n. 554 del 1999, con riguardo all'aggiudicazione al prezzo più basso determinato mediante massimo ribasso sull'elenco prezzi dispone che "nel caso in cui il numero delle offerte ammesse è inferiore a cinque non si procede alla determinazione della soglia di anomalia fermo restando il potere della stazione appaltante di valutare la congruità dell'offerta"[5].

In tal caso, le offerte che presentano un carattere anormalmente basso rispetto alla prestazione sono soggette a verifica di congruità da parte del responsabile del procedimento, che chiede ai relativi offerenti di presentare, nel termine di dieci giorni dalla ricezione della richiesta, gli elementi giustificativi dell'offerta presentata.

Se la risposta non perviene nel termine utile o comunque non è ritenuta adeguata, la stazione appaltante esclude la relativa offerta e aggiudica l'appalto al migliore offerente rimasto in gara.

Ulteriore novità è stata introdotta con riguardo alla presenza di offerte uguali che potrebbero risultare aggiudicatarie.

In tal caso il legislatore ha escluso espressamente l'applicazione dell'articolo 77 del regio decreto 23 maggio 1924 n. 827, il quale prevede, in caso di offerte uguali lo svolgimento di una gara migliorativa[6].

La norma predetta consente il sorteggio del concorrente aggiudicatario soltanto in caso di assenza di tutti i concorrenti pari offerenti ovvero mancata formulazione da parte degli stessi di offerte migliorative[7].

Muta, infine, il criterio di aggiudicazione applicabile per la trattativa privata e per il cottimo appalto disciplinato dall'articolo 24 comma 11 del testo coordinato tra la legge Merloni della normativa regionale siciliana.

La norma predetta prevede per lo svolgimento della gara ufficiosa, preliminare all'affidamento di detti appalti, l'applicazione del criterio del massimo ribasso, disponendo che sono escluse le offerte che presentano un ribasso superiore non più del 20% rispetto alla media aritmetica di tutte le offerte ammesse, bensì del 10%.

Detta modifica si è resa necessaria tenuto conto che si sono osservati in dette procedure di gara andamenti di ribassi piuttosto elevati e tali da non garantire la corretta esecuzione delle opere.

Va, infine, ricordato che la legge regionale n. 16 del 2005 all'articolo 1 comma 10, ha modificato il comma 6 dell'articolo 29 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come introdotto dalla legge regionale 2 agosto 2002, n. 7 e successive modifiche ed integrazioni, sostituendolo nel modo seguente: "6. Qualunque sia l'importo dei lavori, i bandi e gli avvisi di gara sono pubblicati sul sito informatico dell'Osservatorio regionale dei lavori pubblici."

La norma è di rilievo in quanto rende più trasparenti le procedure di gara soprattutto di importo minore e che precedentemente erano escluse dalla pubblicazione su gazzette ufficiali o su quotidiani (e per le quali è prevista soltanto la pubblicazione del bando o dell'avviso nell'albo pretorio).

Deve ritenersi che la predetta norma trova applicazione in tutte le procedure di affidamento anche con gara ufficiosa allorquando sia obbligatoria la pubblicazione di un atto di indizione della gara e, pertanto, anche ai cottimi appalti di cui all'art. 20 della legge reg. n. 7 del 2002, in quanto l'articolo 7 del decreto del Presidente della Regione 19 luglio 2004, che disciplina la redazione dei regolamenti tipo per i cottimi appalti, prevede come adempimento preliminare alla gara la previa pubblicazione degli avvisi secondo gli ordinamenti degli enti.

3 - Le novità in tema di affidamenti di incarichi di progettazione.

L'art. 1 comma 3 della l. r. n. 16 del 2005 alla lett. a) dispone che "il comma 11 è sostituito dal seguente: "11.

Per gli incarichi relativi alle prestazioni di cui al comma 1, il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, IVA esclusa, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento a professionisti singoli o associati di loro fiducia, ferma restando l'effettiva competenza nel settore, oggettivamente ricavabile dai curricula vitae, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza".

La genesi della norma è di chiara matrice comunitaria, ispirandosi, peraltro, a quanto previsto, a seguito dei rilievi formulati dalla Commissione europea, dal legislatore nazionale, con la legge 18 aprile 2005, n. 62, che ha modificato l'art. 17 della legge 11 febbraio 1994, n. 109 e s.m., sostituendo integralmente il comma 12 del citato articolo e stabilendo che, per l'affidamento di incarichi di progettazione ovvero di direzione dei lavori, il cui importo stimato è inferiore a 100.000 euro, le stazioni appaltanti, per il tramite del responsabile del procedimento, possono procedere all'affidamento ai soggetti di cui al comma 1, lettere d), e), f) e g) dello stesso art. 17[8], nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

La giurisprudenza ha, peraltro, ritenuto illegittimi gli atti di affidamento degli incarichi fondati esclusivamente sull'elemento fiduciario, ritenendo doveroso verificare i presupposti per l'affidamento mediante una valutazione comparativa dei requisiti di concorrenti aspiranti all'incarico di progettazione e delle relative qualità professionali rilevabili dai curricula[9].

Prima della modifica introdotta dalla citata legge n. 62/2005, l'affidamento degli incarichi relativi a servizi di ingegneria di importo stimato inferiore a 100.000 euro poteva essere effettuato attraverso la scelta di un libero professionista di fiducia, previa verifica della relativa esperienza e capacità professionale in relazione al progetto da affidare.

La norma non dettava disposizioni concernenti le regole dell'affidamento né l'obbligo della pubblicità preventiva e successiva, limitandosi, l'art. 17 del testo coordinato tra la legge Merloni e la normativa regionale siciliana, al comma 11 prima della modifica introdotta dalla l. r. n. 16 del 2005, che "per gli incarichi relativi alle prestazioni di cui al comma 1 il cui importo stimato sia inferiore a 100.000 euro, IVA esclusa, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento a professionisti singoli o associati di loro fiducia".

La disposizione dell'attuale comma 12, dell'articolo 17, della legge n. 109 del 1994, nasce dal pronunciamento della Commissione europea che ha censurato la mancata previsione di alcun onere minimo di messa in concorrenza e l'assenza di alcuna forma di pubblicità, atta a consentire un confronto

concorrenziale fra i soggetti potenzialmente interessati alla prestazione del servizio.

La situazione si presenta particolarmente grave nella Regione siciliana dal momento che è prevista la competenza del capo dell'amministrazione per l'affidamento di incarichi e si mantiene, almeno formalmente, la natura fiduciaria degli stessi

In osservanza a detti rilievi, il legislatore nazionale ha eliminato la possibilità dell'affidamento diretto su base fiduciaria degli incarichi per importo inferiore a 100.000 euro, facendo espresso richiamo all'obbligo da parte delle stazioni appaltanti del rispetto dei principi **di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.**

Detti principi costituiscono corollari del generale principio della **tutela della libera concorrenza**, in base al quale si intende garantire a ciascun potenziale concorrente le stesse possibilità di partecipazione alle procedure di gara e l'imparzialità della relativa azione amministrativa.

Affinché sia assicurata una concreta concorrenza, occorre, pertanto, garantire il rispetto della par condicio nei confronti di tutti i concorrenti in ordine alla valutazione comparativa dei requisiti da essi posseduti e verificare l'assenza di clausole che producano un effetto preclusivo all'accesso dei potenziali concorrenti all'appalto.

Con

Determinazione n. 1/2006 del 19 gennaio 2006 in tema di "Affidamento dei servizi di ingegneria di importo stimato inferiore a 100.000 euro" l'Autorità di vigilanza per lavori pubblici ha espresso le seguenti considerazioni che si collegano in maniera diretta con le previsioni della legge regionale n. 16 del 2005.

Secondo l'Autorità il principio di non discriminazione comporta, in particolare, il divieto di effettuare una selezione di concorrenti privilegiando coloro che esercitano prevalentemente la loro attività nello stesso ambito territoriale in cui devono essere svolte le prestazioni.

Peraltro, si legge nella determinazione, "in ordine alla possibilità di istituire un elenco di professionisti presso le singole stazioni appaltanti, l'Autorità, confermando quanto precedentemente espresso, rileva come lo stesso possa ritenersi ammissibile nei limiti in cui vengano previsti idonei meccanismi riguardanti il relativo aggiornamento periodico, anche semestrale, adottando in ogni caso le forme di pubblicità previste dall'articolo 62 del D.P.R. 554/1999 e s.m., in modo che risulti garantito ai professionisti in possesso dei prescritti requisiti il diritto di iscriversi all'albo stesso, senza limitazioni temporali".

Si ritiene, inoltre, necessario che laddove l'amministrazione intenda effettuare la scelta di istituire l'albo di professionisti, debba preventivamente stabilire, dandone adeguata pubblicità, criteri e requisiti per la formazione dell'albo stesso, quali a titolo esemplificativo:

- il richiamo a quanto dettato dall'articolo 51, comma 1, del D.P.R. 554/1999 e s.m. che vieta la

partecipazione del professionista singolarmente e come componente di un raggruppamento di professionisti, nonché la contemporanea partecipazione a più di un raggruppamento;

- il principio della rotazione nella scelta dei nominativi inseriti nell'albo, ai quali rivolgere la richiesta di offerta;

-

il divieto di cumulo degli incarichi, che può concretizzarsi nell'affidamento di non più di un incarico all'anno allo stesso professionista;

-

la correlazione dell'esperienza pregressa richiesta al professionista alle tipologie progettuali delle quali necessita l'amministrazione, così come individuate in sede di programmazione, di modo che le professionalità richieste rispondano concretamente alle classi e categorie cui si riferiscono i servizi da affidare.

Inoltre l'Autorità, relativamente al principio della parità di trattamento, rileva che "occorre evidenziare che la Corte di Giustizia europea ha ritenuto che lo stesso vieta non solo le discriminazioni palesi, a motivo della cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione dissimulata che, mediante il ricorso ad altri criteri distintivi, abbia in pratica le stesse conseguenze (sentenza 3.6.1992, causa C 360/89) e che detto principio ha lo scopo di favorire lo sviluppo di una concorrenza sana ed efficace tra le imprese che partecipano ad un appalto pubblico, imponendo che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e che queste siano soggette alle medesime condizioni per tutti i competitori (sentenza 29.4.2004, causa C 496/99). Ciò si traduce, per quanto rileva in questa sede, nell'obbligo di instaurare apposita procedura negoziata, in analogia a quanto prescritto dall'articolo 78 del D.P.R. 554/1999 e s.m., nella quale si procede alla comparazione dei requisiti posseduti da tutti i concorrenti, con applicazione, per ciascuno di essi, dei medesimi criteri selettivi".

Suggerisce inoltre l'Autorità che, in base al principio di proporzionalità, la richiesta del possesso di requisiti minimi per la partecipazione alla procedura negoziata deve essere strettamente connessa alla tipologia ed all'importo dell'incarico, in quanto la richiesta di requisiti non proporzionali allo specifico appalto potrebbe comportare il pericolo di una indebita restrizione della concorrenza.

Ne discende l'impossibilità di utilizzare i requisiti previsti dalla normativa per gli affidamenti di progettazione di importo superiore a 100.000 euro per quelli di importo inferiore.

Analogamente vanno fissati i criteri di valutazione delle offerte rapportati alla tipologia e all'importo dell'incarico, non potendosi applicare le previsioni formulate al riguardo per gli incarichi di maggior importo.

Pertanto, nell'avviso di selezione dovranno essere indicati i requisiti minimi richiesti dalla Amministrazione che consentano al professionista - tramite il curriculum - la dimostrazione del possesso di una esperienza adeguata rapportata alla tipologia e all'importo dell'incarico.

In relazione a detto profilo, l'Autorità è intervenuta con le determinazioni n. 9/1999, n. 10/1999 e n. 17/2000, sottolineando come il merito tecnico che viene esaminato nella fase di ammissione alla selezione, ha ad oggetto elementi che necessitano alla stazione appaltante per effettuare una valutazione circa l'idoneità del progettista a concorrere per l'affidamento, anche sulla base dell'esperienza professionale pregressa.

Detta valutazione viene effettuata sulla base di elementi meramente quantitativi consistenti nell'accertamento dell'importo dei lavori appartenenti alle stesse classi e categorie dell'opera oggetto dell'incarico, eseguiti in periodo anteriore alla data del bando.

Al contrario, il merito tecnico da valutarsi nella fase di affidamento dovrà intendersi con riguardo alle caratteristiche qualitative di progetti in precedenza redatti e presentati, che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale e affini all'opera da progettare per tipologia ed importo.

Per quanto riguarda, infine, il principio di trasparenza si evidenzia che la Corte di giustizia con la sentenza 7.12.2000, C 324/98 ha ritenuto che l'obbligo di trasparenza cui è tenuta l'amministrazione aggiudicatrice consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione.

Il principio della trasparenza deve trovare, quindi, attuazione, anteriormente all'inizio del procedimento di selezione, nella effettuazione di una corretta ed adeguata pubblicità sia dell'oggetto della selezione che si intende esperire sia dei criteri obiettivi che si intende utilizzare per la valutazione delle offerte; al termine del procedimento negoziato, invece, il principio stesso troverà la propria effettiva applicazione nel corrispondente obbligo da parte della stazione appaltante di motivare la scelta effettuata sulla base degli stessi criteri inizialmente adottati.

Ad avviso dell'Autorità di vigilanza "l'articolo 17, comma 12, della legge 109/1994, così come modificato dalla legge n. 62/2005, impone alle stazioni appaltanti l'esperimento di una procedura di tipo competitivo e comparativo per l'individuazione del professionista, che dovrà essere preceduta dalla pubblicità di cui all'art. 62, comma 1, del D.P.R. 554/1999 e s.m".

Il tenore letterale di detta norma, laddove utilizza la locuzione "adeguata pubblicità", assume rilievo sia sotto il profilo temporale che sotto quello del mezzo idoneo a garantire l'assolvimento di detto obbligo.

Occorre, pertanto, individuare tempi per la presentazione delle domande di partecipazione alla selezione idonei a consentire un'effettiva partecipazione all'iniziativa e utilizzare mezzi di pubblicazione che

garantiscono una adeguata penetrazione della notizia nel mercato”.

Come espresso dall’Autorità con determinazioni n. 18/2001 e n. 30/2002, “per “adeguata pubblicità” deve intendersi quindi quella pubblicità che, seppure semplificata, risulta funzionale allo scopo di raggiungere la più ampia sfera di potenziali professionisti interessati all’affidamento, in relazione all’entità ed all’importanza dell’incarico e la carenza di pubblicità è apparsa spesso rilevante in relazione all’esiguo tempo di pubblicazione, limitato in alcuni casi a soli 10 giorni, ed ai mezzi utilizzati, pubblicazione presso il solo Albo pretorio.

Per quanto attiene, quindi, all’affidamento degli incarichi sotto l’importo di 100.000 euro, le amministrazioni dovranno individuare forme di pubblicità adeguate alla rilevanza dell’affidamento, tenendo anche conto del contesto ambientale e di mercato nel quale operano.

A titolo esemplificativo può ritenersi adeguata la pubblicità effettuata attraverso la pubblicazione dell’avviso di selezione sull’Albo pretorio, sul sito internet dell’Osservatorio regionale sui LL.PP. e sull’Albo della stazione appaltante, nonché con la diffusione presso i rispettivi Ordini professionali.

Per quanto attiene al procedimento di selezione, la richiesta di una presentazione plurima di offerte dà luogo ad una procedura concorsuale negoziata, e la stazione appaltante dovrà indicare negli avvisi di conferimento:

-

gli elementi essenziali della prestazione;

-

il relativo importo presunto;

-

il tempo massimo per l'espletamento dell'incarico;

-

il termine di ricezione delle offerte, non inferiore a ventisei giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso, ed ogni altro ulteriore elemento di cui all'articolo 63 del D.P.R. n. 554 del 1999 ritenuto utile, nonché i criteri che utilizzerà per l'affidamento.

Le regole disciplinatrici del confronto devono essere oggettivamente verificabili e, sebbene la procedura sia caratterizzata dal carattere dell'informalità, le modalità di formulazione e di trasmissione delle offerte devono sostanzialmente rispettare i principi di trasparenza e par condicio fra gli offerenti; principi cui è necessaria conformarsi ogni qual volta si procede ad una valutazione comparativa delle offerte, ancorché ciò avvenga attraverso gara informale[10].

Inoltre, tenuto conto delle disposizioni sulla semplificazione amministrativa, l'amministrazione dovrà prevedere in capo all'affidatario l'obbligo di comprovare i requisiti professionali dichiarati in sede di presentazione dell'offerta.

L'Autorità conclude impartendo le seguenti disposizioni

“-

i servizi di ingegneria di importo inferiore a 100.000 euro devono essere affidati dalle stazioni appaltanti previo esperimento di una procedura competitiva e comparativa, che dovrà essere preceduta dalla pubblicazione di un avviso, divulgato con modalità adeguate alla rilevanza dell'affidamento, tenendo anche conto del contesto ambientale e di mercato nel quale operano le stazioni appaltanti, quali ad

esempio l'Albo pretorio, il sito internet (ove disponibile), ovvero l'Albo della stazione appaltante e diffuso ai rispettivi Ordini professionali, al fine di raggiungere la più ampia sfera di potenziali professionisti interessati all'affidamento;

-gli avvisi per l'affidamento dei servizi di ingegneria devono contenere gli elementi essenziali costituenti l'oggetto della prestazione, il relativo importo presunto, il tempo massimo per l'espletamento dell'incarico, il termine di ricezione delle offerte non inferiore a ventisei giorni dalla data di pubblicazione dell'avviso ed ogni altro ulteriore elemento di cui all'articolo 63 del D.P.R. 554/1999 ritenuto utile, nonché i criteri che verranno utilizzati per l'affidamento;

-
i requisiti richiesti ai partecipanti alla selezione dovranno essere proporzionali all'incarico da affidare, con ciò escludendosi la possibilità di richiedere i requisiti previsti per incarichi appartenenti a fasce superiori di importo;

- il merito tecnico da esaminare nella fase di valutazione dell'offerta dovrà intendersi non con riferimento ad aspetti quantitativi, bensì con riguardo alle caratteristiche qualitative di progetti in precedenza redatti che l'offerente ritiene rappresentativi della propria capacità progettuale e affini all'opera da progettare per tipologia ed importo”.

4 - Affidamento di lavori in caso di fallimento dell'aggiudicataria o risoluzione del contratto.

L'articolo 2 comma 1 della legge regionale 16 del 2005 recepisce, nella Regione siciliana i commi 12, 12 bis, 12 ter, 12 quater e 12 quinquies dell'art. 5 del decreto legge n. 35 del 2005 convertito nella l. n. 80 del 2005 , recante: "Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 14 marzo 2005, n. 35, recante disposizioni urgenti nell'ambito del piano di azione per lo sviluppo economico, sociale e territoriale. Deleghe al Governo per la modifica del codice di procedura civile in materia di processo di cassazione e di arbitrato nonché per la riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali." (il cosiddetto "decreto competitività" che disciplina l'affidamento di lavori in caso di fallimento dell'aggiudicataria o risoluzione del contratto.

La norma formalmente deroga alla disposizione contenuto all'articolo 10 comma 1 ter della legge Merloni, la quale prevedeva che le amministrazioni pubbliche possono prevedere nel bando di gara in caso di fallimento o di risoluzione del contratto per grave inadempimento del soggetto appaltatore di interpellare il secondo classificato al fine di stipulare un nuovo contratto per il completamento dei lavori alle medesime condizioni economiche già proposto in sede di offerte.

La norma predetta della legge Merloni altresì prevede che le amministrazioni in caso di fallimento del secondo classificato possono interpellare il terzo classificato e, in tal caso, il nuovo contratto è stipulato alle condizioni economiche offerte dal secondo classificato..

La nuova disposizione del decreto legge n. 35 del 2005 prevede, invece, all'articolo 5 le nuove ipotesi di procedure da seguire in caso di crisi dell'impresa aggiudicataria o di risoluzione del contratto.

Il comma 12 in caso di ripiegamento del cantiere (di solito a seguito di abbandono del cantiere da parte dell'impresa aggiudicataria) prevede la possibilità di prestazione di cauzione da parte della stazione appaltante in caso di provvedimento cautelare del giudice (civile) in alternativa al ripiegamento del cantiere e, quindi, introduce la possibilità di procedere all'affidamento dei lavori in applicazione delle successive disposizioni.

Nei casi di risoluzione del contratto di appalto disposta dalla stazione appaltante ai sensi degli articoli 118, 119 e 120 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 21 dicembre 1999, n. 554, l'appaltatore deve provvedere al ripiegamento dei cantieri già allestiti e allo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze nel termine a tale fine assegnato dalla stessa stazione appaltante; in caso di mancato rispetto del termine assegnato, la stazione appaltante provvede d'ufficio addebitando all'appaltatore i relativi oneri e spese.

La stazione appaltante, in alternativa alla esecuzione di eventuali provvedimenti giurisdizionali cautelari, possessori o d'urgenza comunque denominati che inibiscano o ritardino il ripiegamento dei cantieri o lo sgombero delle aree di lavoro e relative pertinenze, può depositare cauzione in conto vincolato a favore dell'appaltatore o prestare fideiussione bancaria o polizza assicurativa con le modalità di cui all'articolo 30, comma 2-bis, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, pari all'uno per cento del valore del contratto.

Resta, però, fermo il diritto dell'appaltatore di agire per il risarcimento dei danni.

Giova ricordare che l'art. 118 del D.P.R. n. 554 del 1999 disciplina la risoluzione dei contratti per reati accertati e dispone che qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più misure di prevenzione di cui all'art. 3, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, nonchè per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro, il responsabile del procedimento valuta, in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento, l'opportunità di procedere alla risoluzione del contratto.

Nel caso di risoluzione, l'appaltatore ha diritto soltanto al pagamento dei lavori regolarmente eseguiti, decurtato degli oneri aggiuntivi derivanti dallo scioglimento del contratto.

L'art. 119 del Regolamento n. 554 disciplina la risoluzione del contratto per grave adempimento, grave irregolarità e grave ritardo.

Infatti, quando il direttore dei lavori accerta che comportamenti dell'appaltatore concretano grave inadempimento alle obbligazioni di contratto tale da compromettere la buona riuscita dei lavori, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata, corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente e che devono essere accreditati all'appaltatore.

Su indicazione del responsabile del procedimento il direttore dei lavori formula la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento.

Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dispone la risoluzione del contratto.

Qualora, comunque, l'esecuzione dei lavori ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del programma, il direttore dei lavori gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, per compiere i lavori in ritardo, e dà inoltre le prescrizioni ritenute necessarie. Il termine decorre dal giorno di ricevimento della comunicazione.

Scaduto il termine assegnato, il direttore dei lavori verifica, in contraddittorio con l'appaltatore, o, in sua mancanza, con la assistenza di due testimoni, gli effetti dell'intimazione impartita, e ne compila processo verbale da trasmettere al responsabile del procedimento.

Sulla base del processo verbale, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante, su proposta del responsabile del procedimento, delibera la risoluzione del contratto.

L'art. 120 del D.P.R. n. 554 disciplina l'inadempimento di contratti per cottimo relativo ai lavori in economia e prevede che in caso di inadempimento dell'appaltatore la risoluzione è dichiarata per iscritto dal responsabile del procedimento, previa ingiunzione del direttore dei lavori, salvi i diritti e le facoltà riservate dal contratto alla stazione appaltante.

In ogni caso in applicazione dell'art. 121 il responsabile del procedimento, nel comunicare all'appaltatore la determinazione di risoluzione del contratto, dispone, con preavviso di venti giorni, la redazione dello stato di consistenza dei lavori già eseguiti e l'inventario di materiali, macchine e mezzi d'opera che devono essere presi in consegna dal direttore dei lavori.

In sede di liquidazione finale dei lavori dell'appalto risolto è determinato l'onere da porre a carico dell'appaltatore inadempiente in relazione alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori, ove la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà prevista dall'art. 10, comma 1-ter, della legge.

Con riguardo alle predette fattispecie il comma 12 bis prevede lo scorrimento della graduatoria con riguardo a tutte le imprese ammesse che seguono l'aggiudicataria e le cui offerte non superano la soglia di anomalia.

Le imprese che hanno partecipato alla originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, dovranno, pertanto, essere interpellate al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori, a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, escluso l'originario aggiudicatario.

Sebbene la norma nulla dica l'amministrazione nell'atto di interpello dovrà fissare un termine entro il quale procedere all'ulteriore scorrimento in caso di mancata risposta o di mancata formale adesione da parte del concorrente.

Lo scorrimento avviene con riguardo a tutti concorrenti le cui offerte si collocano prima della soglia di riferimento in quanto più convenienti per l'Amministrazione e che non rientrano nel taglio delle ali.

Il comma 12 bis, infatti, dispone che le stazioni appaltanti "possono interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, escluso l'originario aggiudicatario".

Il comma 12 ter disciplina il prezzo contrattuale che è individuato in quello formulato dall'impresa interpellata sino alla quinta offerta, mentre per quelle che seguono vale il prezzo, comunque, della quinta classificata.

Per le gare sopra soglia nulla si dice con riguardo alla verifica dell'anomalia delle offerte che seguono quella della aggiudicataria.

Va rilevato, a tal proposito, che qualora detta verifica non sia stata effettuata in sede di gara l'amministrazione deve procedere prima dell'affidamento a richiedere le giustificazioni della non anomalia via via che si procede allo scorrimento della graduatoria.

Dispone il comma 12-ter che "l'affidamento avviene alle medesime condizioni economiche già proposte in sede di offerta dal soggetto progressivamente interpellato, sino al quinto migliore offerente in sede di gara".

Il comma 12 quater disciplina l'ipotesi della indisponibilità o di fallimento di tutte le imprese come sopra utilmente collocate nella graduatoria e prevede, in via derogatoria, il ricorso alla procedura della trattativa privata con gara informale con invito rivolto ad almeno 10 concorrenti.

Per lo svolgimento della gara informale potranno utilizzarsi le norme dell'articolo 24 della legge Merloni e del regolamento di attuazione (D.P.R. n. 554 del 1999) utilizzando i criteri di aggiudicazione del massimo

ribasso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, infatti le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento del completamento dei lavori mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando, in deroga alla normativa vigente, ivi inclusi gli articoli 2, 10, commi 1-ter e 1-quater, 19, 20, 21, 23, 24 e 29 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, nel rispetto dei principi generali dell'ordinamento e della normativa comunitaria.

L'affidamento con procedura negoziata avviene mediante gara informale, sulla base del progetto originario eventualmente modificato o integrato per effetto di varianti che si fossero rese nel frattempo necessarie, alla quale devono essere invitati almeno dieci concorrenti. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 14, comma 2, del decreto legislativo 20 agosto 2002, n. 190.

Il D. l.vo 20 agosto 2002, n. 190 (Attuazione della legge 21 dicembre 2001, n. 443, per la realizzazione delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici e di interesse nazionale) all'art. 14, dopo aver disposto al comma 1 che "nei giudizi davanti agli organi di giustizia amministrativa che comunque riguardino le procedure di progettazione, approvazione e realizzazione delle infrastrutture ed insediamenti produttivi e relative attività di espropriazione, occupazione ed asservimento:

a) l'udienza di merito del ricorso non richiede la domanda di fissazione ed avviene non più tardi del quarantacinquesimo giorno dalla data di deposito dello stesso presso la segreteria del giudice competente;

b) la valutazione del provvedimento cautelare eventualmente richiesto deve tener conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera; nel concedere la misura cautelare il giudice non potrà prescindere dal motivare anche sulla gravità ed irreparabilità del pregiudizio all'impresa del ricorrente, il cui interesse dovrà comunque essere comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure;

c) per quanto non espressamente previsto dal presente articolo si applicano le disposizioni dell'articolo 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n. 1034" al comma 2 prevede che in applicazione delle previsioni dell'articolo 2, comma 6, delle direttive 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, e 92/13/CEE del Consiglio, del 25 febbraio 1992, la sospensione o l'annullamento giurisdizionale della aggiudicazione di prestazioni pertinenti alle infrastrutture non determina la risoluzione del contratto eventualmente già stipulato dai soggetti aggiudicatori; in tale caso il risarcimento degli interessi o diritti lesi avviene per equivalente, con esclusione della reintegrazione in forma specifica.

Il comma 12 quinquies consente, infine, di non seguire la procedura prevista dai commi 12 bis e seguenti, e cioè il graduale interpello dei concorrenti collocati utilmente in graduatoria, nel caso di avvenuta esecuzione di almeno il 70% delle opere oggetto dell'appalto originario e comunque di importo residuale non superiore a 3 milioni di euro.

In detta ipotesi si potrà procedere, infatti, alla trattativa privata con gara informale e con invito rivolto ad

almeno 10 concorrenti in applicazione del comma 12 quater.

5 - Novità in tema di requisiti di partecipazione

L'articolo 1 comma 12 della legge regionale n. 16 del 2005 dispone che "all'articolo 19 della legge 11 febbraio 1994, n. 109, come introdotto dalla legge regionale 2 agosto 2002, n. 7 e successive modificazioni e integrazioni, dopo il comma 12 è aggiunto il seguente: "12 bis. Relativamente ai soli lavori pubblici di valore inferiore alla soglia comunitaria, per la partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti e delle concessioni, i concorrenti unitamente alla documentazione prevista dalle vigenti leggi, dimostrano la regolarità contributiva mediante la produzione di certificazione rilasciata dall'INPS, dall'INAIL e dalla Cassa edile. In difetto di tale produzione i concorrenti sono esclusi dalla partecipazione a dette procedure e non possono stipulare i relativi contratti. Ai soli fini della detta partecipazione, le certificazioni hanno validità per quattro mesi dal rilascio".

Purtuttavia il comma 13, subordina l'entrata in vigore di detta disposizione alla emanazione di una disciplina regolamentare disponendo che "Entro trenta giorni dall'entrata in vigore della presente legge, l'Assessore regionale per i lavori pubblici, con proprio decreto, previa delibera della Giunta regionale, disciplina le modalità attuative della disposizione di cui al comma 12 del presente articolo".

Per tutto le gare costituisce, pertanto, requisito di partecipazione la produzione del DURC ed in particolare di una certificazione rilasciata da INPS, INAIL e Cassa edile attestante la regolarità contributiva rilasciata da non più di quattro mesi.

Dal tenore letterale della norma predetta sembrerebbe non più ammessa, limitatamente agli appalti sotto soglia, l'alternativa produzione dell'autodichiarazione, e ciò in deroga al D.P.R. n. 445 del 2000.

L'entrata in vigore della disposizione è, però, condizionata alla emanazione del decreto assessoriale (comma 13 art. 1 l. r. n. 16 del 2005).

Giova ricordare che l'art. 19 comma 10 del testo coordinato della legge Merloni con la normativa regionale dispone che l'Assessore regionale per i lavori pubblici promuove un'intesa con INPS, INAIL e Cassa edile, al fine di semplificare le procedure relative alla certificazione della regolarità contributiva, mediante un documento unico (DURC).

A tal fine è prevista la istituzione di un collegamento informatizzato tra l'Osservatorio regionale dei lavori pubblici e le casse edili presenti nel territorio della Regione.

Le modalità di attivazione e le procedure applicative sono determinate da un accordo da realizzarsi tra l'Assessore regionale per i lavori pubblici, le associazioni degli imprenditori edili e le organizzazioni sindacali di rappresentanza dei lavoratori delle costruzioni.

La finalità del documento è quella di semplificare, esclusivamente nella fase di esecuzione delle opere pubbliche, la verifica della regolarità contributiva retributiva dei rapporti di lavoro del personale utilizzato dall'impresa appaltatrice nella esecuzione dell'appalto e non ha alcuna attinenza con la fase di affidamento della quale stesso.

Detta finalità è resa palese dalla precisazione, contenuta al comma 11, secondo cui il DURC non sostituisce le altre dichiarazioni obbligatorie per l'impresa ai sensi della normativa vigente.

La specificazione predetta è utile a chiarire che, ai fini della partecipazione alla gara, le imprese concorrenti devono continuare a documentare il possesso dei requisiti di carattere generale relativi al rispetto dei contratti collettivi di lavoro in via generale, alla regolarità contributiva ed al rispetto delle norme in materia di collocamento, con particolare riguardo alle categorie protette.

Il documento unico attesta la regolarità contributiva e retributiva del rapporto di lavoro relativamente all'impresa esecutrice di lavori pubblici, in occasione di ogni pagamento ed alla conclusione dei lavori, rispetto all'adempimento da parte delle imprese degli obblighi relativi ai versamenti dei contributi previdenziali ed assicurativi dovuti all'INPS, all'INAIL ed alla Cassa edile.

La mancata o negativa certificazione preclude ogni forma di pagamento in favore dall'impresa esecutrice dei lavori[11].

6 - La cauzioni provvisoria.

Le novità più rilevanti introdotte dalla legge reg. n. 16 del 2005 in tema di cauzioni provvisorie, cioè quelle che garantiscono il rispetto delle regole della gara fino al momento della stipula del contratto da parte dell'impresa aggiudicataria, sono sostanzialmente due:

- per le gare di importo superiore ad € 150.000 non è più necessario produrre la polizza bancaria ridotta allo 0,50% bensì, indifferentemente una polizza bancaria, assicurativa o finanziaria di importo pari al 2% (come avviene nella normativa nazionale);

- per le gare di importo inferiore ad € 150.000 non si deve produrre più nemmeno l'impegno al rilascio della polizza definitiva.

Giova ricordare che la cauzione provvisoria, prestata dal partecipante alla gara d'appalto, oltre alla funzione di garantire l'Amministrazione per il caso in cui l'aggiudicatario non si presti a stipulare il relativo contratto, ha assunto anche l'ulteriore finalità di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese concorrenti in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzative prescritte dal bando o dalla lettera d'invito, e cioè di garantire l'affidabilità dell'offerta, non solo in vista dell'eventuale aggiudicazione, ma anche a tutela della serietà e della correttezza del bando di gara[12].

Il vigente art. 30

del testo coordinato della legge Merloni con la normativa regionale nel disciplinare le garanzie e coperture assicurative necessarie nella fase di partecipazione alla gara dispone pertanto che "l'n. 385, che svolgono in via esclusiva o prevalente attività di rilascio di garanzie, a ciò autorizzati dal Ministero del tesoro, del bilancio e della programmazione economica, e dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia di cui al comma 2, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario. La cauzione copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario ed è svincolata automaticamente al momento della sottoscrizione del contratto medesimo. Ai non aggiudicatari la cauzione è restituita entro trenta giorni dall'aggiudicazione. La cauzione e l'impegno di un fideiussore non sono richiesti per i lavori d'importo a base d'asta fino a 150.000 euro".offerta da presentare per l'affidamento dell'esecuzione dei lavori pubblici è corredata di una cauzione pari al 2 per cento dell'importo dei lavori, da prestare anche mediante fideiussione bancaria o assicurativa o rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'articolo 107 del decreto legislativo 1 settembre 1993,

Viene pertanto abrogato il comma 1 bis, aggiunto dall'articolo 24 della legge regionale n. 7 del 2002 del testo modificato dalla legge regionale n. 7 del 2003, il quale disponeva "1 bis. Per i lavori d'importo a base d'asta inferiori alla soglia comunitaria e superiori a 150.000 euro la cauzione di cui al comma 1 è ridotta allo 0,50 per cento da prestarsi a mezzo di fideiussione bancaria. Per i lavori d'importo a base d'asta fino a 150.000 euro la cauzione non è richiesta. La previsione di cui al presente comma, nelle gare per lavori di importo a base d'asta inferiore a 750.000 euro, non si applica alle imprese che presentino copia autenticata di tre fideiussioni bancarie provvisorie ancora valide; in tali casi si applica il comma 1".

Particolarmente rilevante è la disposizione con la quale è stato soppresso l'obbligo a produrre in sede di gara l'impegno al rilascio della cauzione definitiva anche per gli appalti di importo inferiore a € 150.000.

Un costante indirizzo giurisprudenziale aveva, infatti, ritenuto che il comma 1 bis dell'art. 30 della L. 11 febbraio 1994 n. 109, introdotto dall'art. 24 co. 1 della L.R. n. 7 del 2002, nel prevedere che "per i lavori d'importo a base d'asta fino a 150.000 euro la cauzione non è richiesta", ha inteso eliminare la "cauzione provvisoria" di cui al comma 1, mantenendo fermi sia "l'impegno" del fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva, in caso di aggiudicazione, sia la "cauzione definitiva" stessa[13].

7 - Il regime transitorio della legge regionale n. 16 del 2005.

L'art. 6 della legge regionale 16 dispone che "La presente legge sarà pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della Regione siciliana ed entrerà in vigore il giorno successivo a quello di pubblicazione"; poiché che la legge è stata pubblicata sulla GURS n. 52 del 2 dicembre 2005, il testo normativo è entrata in vigore il 3 dicembre.

La legge predetta nulla dispone, però, in ordine al regime transitorio; assume particolare rilievo, pertanto, il problema della normativa applicabile alle gare in corso di espletamento.

In particolare va verificato se le norme contenute nella legge predetta trovano applicazione alle gare già bandite, cioè in relazione alle quali il bando di gara è stato oggetto di pubblicazione nelle forme di legge.

Giova ricordare che la legge regionale n. 7 del 2002 aveva espressamente previsto all'articolo 41 comma che "sono fatti salvi i bandi di gara già approvati dall'organo esecutivo competente dell'ente appaltante alla data di entrata in vigore della presente legge".

Quest'ultima norma poneva un limite all'applicazione della normativa sopravvenuta con riguardo anche alle gare di quei bandi erano in corso di pubblicazione, costituendo un'eccezione al principio della inapplicabilità dello *ius superveniens* alle procedure di gara avviate prima della sua entrata in vigore nonché il principio generale "*tempus regit actum*"[14].

La legittimità dell'atto amministrativo deve essere, infatti, valutata in relazione alle norme vigenti al tempo in cui è stato adottato e nessuna influenza hanno su di esso le modificazioni di fatto e di diritto che siano intervenute successivamente.

È principio riconosciuto, sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, quello secondo cui la nuova normativa non può applicarsi ai rapporti precedentemente sorti e già esauriti o a quelli ancora in vita se le nuove norme incidono sul fatto che ha generato i rapporti stessi.

Applicando il principio al procedimento di gara nel campo dei lavori pubblici - procedimento amministrativo costituito da varie fasi distinte - ne consegue che ciascuna fase resta disciplinata dalla normativa vigente al momento in cui è stato posto in essere il relativo atto iniziale e poichè l'atto iniziale della fase del procedimento di gara è costituito dalla formulazione del bando di gara e, in particolare, dalla sua pubblicazione, è con riguardo a tale momento che va definita la normativa applicabile da parte del bando; normativa che, se cambia successivamente, in corso del procedimento di gara, non ha influenza alcuna sulla legittimità del bando. Questo determina la *lex specialis* della gara e, in quanto tale, le sue

prescrizioni devono essere applicate anche se divenute non più conformi a normativa sopravvenuta[15].

Sulla base dei predetti principi si deve pervenire alla conclusione che le norme introdotte dalla legge regionale n. 16 del 2005 non trovano applicazione per le gare già avviate con pubblicazione del bando o dell'atto di indizione, mentre trovano applicazione per i bandi che, ancorché approvati dalle rispettive amministrazioni, non siano stati ancora pubblicati; detti bandi però dovranno essere modificati alla luce della normativa sopravvenuta prima della pubblicazione.

8 - Il protocollo di legalità e l'obbligo di inserzione nei bandi delle disposizioni contenute nella circolare assessoriale LL.PP. 31 gennaio 2006 n. 593.

Sebbene contenute in una circolare (circolare dell'assessorato ai lavori pubblici della regione siciliana 31 gennaio 2006, n. 593 pubblicata nella GURS del 10 febbraio 2006 n. 8, dal titolo "Inserimento nei bandi e disciplinari di gara per i pubblici appalti delle clausole di autotutela previste nel Protocollo di legalità sottoscritto in data 12 luglio 2005), le disposizioni che vengono impartite dalla Regione siciliana alle stazioni appaltanti dell'Isola assumono un valore estremamente rilevante sul piano delle modalità di svolgimento delle gare.

La circolare muove dalla premessa che a seguito dell'Accordo di programma quadro "Carlo Alberto dalla Chiesa", stipulato in data 30 settembre 2003, tra il Ministero dell'interno, il Ministero dell'economia e della finanza e la Regione siciliana e, in particolare, l'art. 4 del predetto accordo, la Regione ha sottoscritto in data 12 luglio 2005 apposito Protocollo di legalità con il Ministero dell'interno, l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, le nove prefetture della Sicilia, l'INPS e INAIL.

Con tale Protocollo di legalità la Regione siciliana ha assunto, tra l'altro, impegno ad emanare direttive per l'inserimento nei bandi di gara delle c.d. "clausole di autotutela" indicate nello stesso Protocollo, che consentono l'applicazione di procedure non ancora previste dalla normativa sui lavori pubblici e non in contrasto con la stessa.

Si richiama inoltre il contenuto dell'art. 90, comma 8, del D.P.R. n. 554 del 1999 che consente all'amministrazione aggiudicatrice di sospendere la procedura di gara prima o dopo l'apertura delle offerte economiche.

Si ricorda che con determinazione n. 14/2003, l'Autorità per la vigilanza dei lavori pubblici ha chiarito che le stazioni appaltanti possono inserire nei bandi di gara, anche sulla base delle singole situazioni ambientali che abbiano già condotto all'adozione di formali iniziative con gli organismi istituzionalmente preposti, espressa clausola di divieto di affidare il subappalto ad imprese che hanno presentato autonoma

offerta alla medesima gara, clausola che estrinseca una più puntuale definizione del principio di segretezza delle offerte, nel rispetto dell'art. 1, comma 1, della legge n. 109 del 1994.

Conseguentemente si predispose il testo delle clausole di autotutela, in quanto di immediata applicazione all'interno del quadro normativo vigente, da inserire nei bandi e disciplinari di gara e da ritenersi applicabili in tutte le procedure di affidamento di lavori svolte da soggetti tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria, ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale o, comunque, al rispetto dei principi contenuti nel trattato C.E., accolto in proposito il testo esitato in data 19 gennaio 2006 dal tavolo tecnico all'uopo costituito.

La sottoscrizione da parte della Regione Sicilia del Protocollo di legalità rende obbligatorio l'uso delle clausole di autotutela per l'Amministrazione regionale e per gli enti da questa controllati, vigilati o sottoposti a tutela, nei cui confronti i vari rami della medesima Amministrazione avranno l'onere di darne ampia diffusione (compresi gli enti locali).

Il testo delle clausole di autotutela è il seguente:

“Clausola di autotutela

Per gli appalti di opere e lavori pubblici di importo pari o superiore a E 250.000, nei bandi e/disciplinari di gara è inserita la seguente clausola:

"La stazione appaltante si riserva di acquisire sia preventivamente alla stipulazione dell'appalto, sia preventivamente all'autorizzazione dei sub-contratti di qualsiasi importo le informazioni del prefetto ai sensi dell'art. 10 del D.P.R. n. 252/98. Qualora il prefetto attesti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 10 del D.P.R. n. 252/98, che nei soggetti interessati emergono elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa, la stazione appaltante procede all'esclusione del soggetto risultato aggiudicatario ovvero al divieto del sub-contratto".

Nei bandi e/o disciplinari di gara di qualsiasi importo è inserita la seguente clausola:

"oltre ai casi in cui ope legis è previsto lo scioglimento del contratto di appalto, la stazione appaltante recederà, in qualsiasi tempo, dal contratto, revocherà la concessione o l'autorizzazione al sub-contratto, cottimo, nolo o fornitura al verificarsi dei presupposti stabiliti dall'art. 11, comma 3, del D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252".

Nei bandi e/o disciplinari di gara di qualsiasi importo è inserita la seguente clausola:

"Qualora la commissione di gara rilevi anomalie in ordine alle offerte, considerate dal punto di vista dei valori in generale, della loro distribuzione numerica o raggruppamento, della provenienza territoriale, delle modalità o singolarità con le quali le stesse offerte sono state compilate e presentate, etc., il procedimento di aggiudicazione è sospeso per acquisire le valutazioni (non vincolanti) dell'Autorità, che sono fornite previo invio dei necessari elementi documentali.

L'Autorità si impegna a fornire le proprie motivate indicazioni entro 10 giorni lavorativi dalla ricezione della documentazione.

Decorso il suddetto termine di 10 giorni la commissione di gara, anche in assenza delle valutazioni dell'Autorità, dà corso al procedimento di aggiudicazione. Nelle more, è individuato il soggetto responsabile della custodia degli atti di gara che adotterà scrupolose misure necessarie ad impedire rischi di manomissione, garantendone l'integrità e l'inalterabilità".

Nei bandi e/o disciplinari di gara di qualsiasi importo è previsto l'obbligo per il concorrente di presentare apposita dichiarazione sottoscritta del seguente tenore:

"Il/la sottoscritto/a offerente, nel caso di aggiudicazione si obbliga espressamente a comunicare, tramite il R.U.P., quale titolare dell'ufficio di direzione lavori alla stazione appaltante e all'Osservatorio regionale dei lavori pubblici: lo stato di avanzamento dei lavori, l'oggetto, l'importo e la titolarità dei contratti di sub appalto e derivati, quali il nolo e le forniture, nonché le modalità di scelta dei contraenti e il numero e le qualifiche dei lavoratori da occupare. Si obbliga, altresì, espressamente a inserire identica clausola nei contratti di subappalto, nolo, cottimo etc., ed è consapevole che, in caso contrario, le eventuali autorizzazioni non saranno concesse".

Allo scopo di contrastare i tentativi di turbativa d'asta, nei bandi e/o disciplinari di gara di qualsiasi importo è previsto l'obbligo per il concorrente di presentare apposita dichiarazione sottoscritta del seguente tenore:

"Il/la sottoscritto/a offerente dichiara espressamente e in modo solenne:

-

di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti e che non si è accordato e non si accorderà con altri partecipanti alle gare;

-

che non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara - in forma singola o associata - ed è consapevole che, in caso contrario, tali subappalti non saranno autorizzati;

- che la propria offerta è improntata a serietà, integrità, indipendenza e segretezza, si impegna a conformare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza, dichiara che non si è accordato e non si accorderà con altri partecipanti alla gara per limitare od eludere in alcun modo la concorrenza.

Il/la sottoscritto/a offerente altresì:

-

nel caso di aggiudicazione si obbliga espressamente a segnalare alla stazione appaltante qualsiasi tentativo di turbativa, irregolarità o distorsione nelle fasi di svolgimento della gara e/o durante l'esecuzione del contratto, da parte di ogni interessato o addetto o di chiunque possa influenzare le decisioni relative alla gara in oggetto.

Si obbliga, altresì, espressamente a collaborare con le forze di polizia, denunciando ogni tentativo di estorsione, intimidazione o condizionamento di natura criminale (richieste di tangenti, pressioni per indirizzare l'assunzione di personale o l'affidamento di subappalti a determinate imprese, danneggiamenti/furti di beni personali o in cantiere, etc.).

Si obbliga ancora espressamente a inserire identiche clausole nei contratti di subappalto, nolo, cottimo etc, ed è consapevole che, in caso contrario, le eventuali autorizzazioni non saranno concesse".

La suddetta dichiarazione è condizione rilevante per la partecipazione alla gara, sicché, qualora la stazione appaltante accerti, nel corso del procedimento di gara, una situazione di collegamento sostanziale, attraverso indizi gravi, precisi e concordanti, l'impresa verrà esclusa.

Gli obblighi e facoltà previsti nelle clausole di autotutela sono riprodotti nei contratti di appalto".

Un primo aspetto particolarmente rilevante delle clausole di autotutela riguarda il potere di annullamento della gara in caso di verifica di comportamenti da parte dei concorrenti volti ad alterare l'esito della gara[16].

Nel Protocollo di legalità, infatti, è prevista la possibilità di inserire le clausole di autotutela nei bandi di gara, finalizzate a prevenire i fenomeni di devianza e di vulnerazione dei principi di concorrenza "sostanziale" e trasparenza, oltre a trovare riscontro nella giurisprudenza amministrativa può ben trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse, nonché nella "legittimità, per le amministrazioni appaltanti, di annullare una gara in presenza di significativi indizi sostanziali di collegamento rilevabili dall'andamento delle offerte[17].

A detta ipotesi si riferisce la specifica clausola che prevede, come sopra rilevato, che "Qualora la commissione di gara rilevi anomalie in ordine alle offerte, considerate dal punto di vista dei valori in generale, della loro distribuzione numerica o raggruppamento, della provenienza territoriale, delle modalità o singolarità con le quali le stesse offerte sono state compilate e presentate, etc., il procedimento di aggiudicazione è sospeso per acquisire le valutazioni (non vincolanti) dell'Autorità, che sono fornite previo invio dei necessari elementi documentali.

L'Autorità si impegna a fornire le proprie motivate indicazioni entro 10 giorni lavorativi dalla ricezione della documentazione. Decorso il suddetto termine di 10 giorni la commissione di gara, anche in assenza delle valutazioni dell'Autorità, dà corso al procedimento di aggiudicazione. Nelle more, è individuato il soggetto responsabile della custodia degli atti di gara che adotterà scrupolose misure necessarie ad impedire rischi di manomissione, garantendone l'integrità e l'inalterabilità".

Le conseguenze che derivano dall'applicazione della predetta clausola sono costituite dal potere che ha l'amministrazione appaltante di annullare l'intera gara qualora l'Autorità di vigilanza rilevi la presentazione di ribassi in una combinazione di cifre tali da determinare il sospetto che vi siano gruppi di soggetti che intendono condizionare l'esito della gara.

Sebbene l'avviso dell'Autorità di vigilanza non sia vincolante per la stazione appaltante che ha sospeso la gara, una eventuale rilevazione di comportamenti devianti da parte dei concorrenti determina le condizioni per l'annullamento dell'autotutela di tutti gli atti della gara e l'indizione di una nuova procedura.

Le ultime clausole, invece, per cui "qualora la stazione appaltante accerti, nel corso del procedimento di gara, una situazione di collegamento sostanziale, attraverso indizi gravi, precisi e concordanti, l'impresa verrà esclusa", sono finalizzate a specificare che anche il collegamento sostanziale tra i concorrenti costituisce causa di esclusione, essendo correlato a una falsa dichiarazione che comporta la applicazione delle consequenziali sanzioni quali la iscrizione nel casellario informatico dell'autorità di vigilanza dell'esclusione dalle gare per un anno come prevede l'art. 75 comma 1 lett. H) del D.P.R. n. 554 del 1999 [18].

A tal proposito giova ricordare che il prevalente indirizzo giurisprudenziale[19] è orientato a ritenere che le contiguità operative e le convergenze documentali (ad es., spedizione delle offerte dal medesimo ufficio postale a meno di un minuto di distanza l'una dall'altra, polizze fideiussorie rilasciate dal medesimo istituto di credito nella stessa data, autentiche dei documenti prodotti in sede di gara rilasciate dallo stesso ufficio nella medesima data, identità della SOA che rilascia gli attestati e relativo ordine cronologico, vincoli familiari tra i concorrenti, comunanza di sedi o di utenze telefoniche ecc.), ancorché insufficienti a dimostrare le situazioni organizzative riconducibili all'art. 2359, Cod. Civ. implicanti l'esclusione dalla gara ex art. 10 comma 1 bis della L. n. 109 del 1994, costituiscono elementi gravi, precisi e concordanti sufficienti a dimostrare un collegamento c.d. operativo tra imprese concorrenti nella fase di predisposizione dell'offerta, tale da concretare una oggettiva attenuazione della garanzia di segretezza e da rendere plausibile una reciproca conoscenza o un condizionamento delle rispettive offerte; conseguentemente, in presenza di tali elementi l'ammissione alla gara è illegittima.

In una recente sentenza si legge "Come è noto la pubblica amministrazione sceglie il contraente con il quale concludere il contratto di appalto attraverso un procedimento regolato da norme pubblicistiche, volte all'individuazione del miglior contraente nel rispetto dei principi di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa nonché di libera concorrenza fra i partecipanti alla gara. Tali principi, impongono la serietà, l'indipendenza e la segretezza delle offerte allo scopo di attuare una reale par conditio tra i partecipanti e rispettare il canone, anche di derivazione comunitaria, della libera ed effettiva concorrenza. La ratio dell'art. 10, comma 1 bis, l. 109/94, dunque, è proprio quella di tutelare il libero confronto tra le offerte perché, per un verso, è evidente che il sistema delle procedure di evidenza pubblica può funzionare solo se le imprese partecipanti si trovino in posizione di reciproca ed effettiva concorrenza e, per altro verso, appare comprensibile che, in presenza di accordi interni ai concorrenti, risulta impossibile evitare la produzione di effetti distorsivi sulla regolarità della procedura di affidamento (si pensi, ad esempio, al meccanismo di individuazione della soglia di anomalia delle offerte). Così ricostruito il sistema, non v'è ragione per escludere che altri fatti o situazioni rispetto a quelli espressamente considerati dalla legge all'art. 10, comma 1 bis, l. 109/94 - siano capaci di alterare la segretezza, la serietà e l'indipendenza delle offerte. Qualora dovessero verificarsi circostanze di tal

genere, l'amministrazione appaltante deve procedere all'esclusione delle relative offerte perché sarebbero comunque violati i principi posti a tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della par conditio dei concorrenti. Tale conclusione è avvalorata dal fatto che l'art. 34, comma 2, del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (non ancora entrato in vigore) testualmente stabilisce: «non possono partecipare alla medesima gara concorrenti che si trovino fra di loro in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile. Le stazioni appaltanti escludono altresì dalla gara i concorrenti per i quali accertano che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi». Nella relazione all'art. 34 si dice che "al comma 2 si è affrontato il nodo del c.d. collegamento sostanziale, finora elaborato dalla giurisprudenza e dalla dottrina, con ampio dibattito e soluzioni contrastanti e controverse»[20].

[1] Giova ricordare che il C.G.A. con la recente decisione n. 786 dell'11 novembre 2005, ha ritenuto che, nella fase di individuazione dell'offerta più bassa e di esclusione delle offerte situate oltre la soglia dell'anomalia, ogni arrotondamento, costituisce una deviazione dalle regole matematiche da applicare in via automatica; pertanto, non è consentito alle amministrazioni, in assenza di espressa previsione in tal senso contenuto nel bando di gara, di procedere ad arrotondamenti in sede di calcolo delle medie e di determinazione della soglia di anomalia.

[2] Consiglio di Stato V 26 febbraio 2003 n. 1094,
3 giugno 2002 n. 3068, TAR
Palermo II

10 dicembre 2004 n. 2696, C.G.A. 11 dicembre 2005 n. 786, hanno precisato che nella fase di valutazione dell'anomalia delle offerte presentate ai fini dell'affidamento di un appalto dei lavori pubblici il correttivo dell'accorpamento che consente di considerare, ai fini del calcolo del taglio delle ali, più offerte identiche come una sola, può trovare applicazione solo nel caso di offerte che si pongano "a cavallo" della soglia dell'ala e non invece all'interno di essa.

[3] C.G.A. 24 gennaio 2000 numero 16, 7 novembre 2002 n. 615, 29 novembre 1999 n. 644,,13 ottobre 1999 n. 467; contra, con riguardo alla interpretazione dell'art. 1 della legge n. 14 del 1973, Consiglio di Stato V 12 agosto 1998 n. 1249, IV 6 marzo 1998 n. 375.

[4] C.G.A. 14 aprile 2003 n. 129.

[5] Consiglio di Stato V 2 luglio 2001 n. 3602.

[6] Più volte, infatti, si è dubitato della legittimità dell'esclusione della possibilità di presentare offerte migliorative con clausole inserite nei banditi regionali, TAR Catania 1[^] 11 gennaio 2005 n. 19.

[7] C.G.A. 15 febbraio 2005 n. 61.

[8] Si riporta il testo richiamato dalla norma:

“d) da liberi professionisti singoli od associati nelle forme di cui alla legge 23 novembre 1939, n. 1815, e successive modificazioni, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa; e) dalle società di professionisti di cui al comma 5, lettera a); f) dalle società di ingegneria di cui al comma 5, lettera b); g) da raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere d), e) ed f), ai quali si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 in quanto compatibili; g-bis) da consorzi stabili di società di professionisti di cui al comma 6, lettera a), e di società di ingegneria di cui al comma 6, lettera b), anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria e architettura, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, e che abbiano deciso di operare in modo congiunto secondo le previsioni del comma 1 dell'articolo 12. E' vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile. Ai fini della partecipazione alle gare per l'affidamento di incarichi di progettazione e attività tecnico-amministrative ad essa connesse, il fatturato globale in servizi di ingegneria e architettura realizzato da ciascuna società consorziata nel quinquennio o nel decennio precedente è incrementato secondo quanto stabilito dall'articolo 12, comma 8-bis, della presente legge; ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria si applicano altresì le disposizioni di cui ai commi 4, 5, 6 e 7 del predetto articolo 12.

[9] TAR Palermo 1[^] 14 marzo 2005 n. 377.

[10] Cons. Stato V, 20 ottobre 2000, n. 5633.

[11] Corte di giustizia europea sez. 1[^] 9 febbraio 2006 n. C-226/04 intervenendo sulla interpretazione dell'art. 29, c. 1, lett. e) e f), della direttiva 92/50/CEE che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, ha ritenuto che la norma non si oppone ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionali in base alle quali un prestatore di servizi che, alla data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, non ha adempiuto, effettuando integralmente il pagamento corrispondente, i suoi obblighi in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse, può regolarizzare la sua situazione successivamente:

- in forza di misure di condono fiscale o di sanatoria adottate dallo Stato, o
- in forza di un concordato al fine di una rateizzazione o di una riduzione dei debiti, o
- mediante la presentazione di un ricorso amministrativo o giurisdizionale,

a condizione che provi, entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionali, di aver beneficiato di tali misure o di un tale concordato, o che abbia presentato un tale ricorso entro questo termine.

[12] Chiarisce gli elementi costitutivi della cauzione provvisoria la recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 4 Ottobre 2005 n. 8

[13] T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 16-3-2005 n. 403; sez. II, 30-6-2004 n. 1362; TA.R. Sicilia Catania, sez. III, 12-11-2003 n. 1893,
I 14 giugno 2005 n. 1002

[14] C.G.A., 10 novembre 2005 n. 773

[15] Consiglio di Stato VI 7 aprile 1999 n. 401; nella sentenza si afferma il principio che lo jus superveniens trova applicazione anche al di fuori di un'espressa disciplina di diritto intertemporale che ciò disponga ove il procedimento amministrativo sia ancora pendente; pertanto, una nuova norma che allarghi la sfera dei legittimati a partecipare ad un pubblico concorso, emanata dopo l'adozione del bando ma prima della sua pubblicazione, deve essere applicata dall'Amministrazione che successivamente alla fase di controllo sia di nuovo investita del compito di dare corso alla procedura; si veda Volpe, I bandi di gara, nel sito www.giustizia-amministrativa.it.

[16] TAR Catania 1^
9 settembre 2003 n. 1400.

[17] C.G.A. ord. 6 maggio 2004 n. 409; si richiama nella circolare la sentenza del Consiglio di Stato n. 5903 del 30 novembre 2000, che ha ritenuto in materia di contratti della pubblica amministrazione sussistente il potere di non aggiudicazione dell'appalto.

[18] Si veda in proposito la determinazione dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici 2 marzo 2005 n. 1.

[19] C.G.A. 21 settembre 2005 n. 621, 29 luglio 2005 n. 495. Si legge nella decisione del Giudice d'appello siciliano "più esattamente si tratta di un collegamento operativo nella fase di predisposizione della offerta, tale da concretare una oggettiva attenuazione della garanzia di segretezza e da rendere plausibile una

reciproca conoscenza o un condizionamento delle rispettive offerte. Tali elementi sono ravvisabili, in dati che dimostrano una collaborazione tra imprese nella preparazione dei documenti di gara, sia per le contiguità operative che per le convergenze documentali, le une e le altre non spiegabili con la casualità ma con una attività comune. Tali contiguità operative non appaiono spiegabili, in particolare, ipotizzando (secondo la tesi del TAR) la utilizzazione di un nuncius e quindi di persona non influente sul contenuto documentale dei plichi. Una tale affermazione, che peraltro non escluderebbe comunque un elemento operativo in comune, mentre potrebbe ritenersi verosimile nella fase di spedizione dei plichi, non risulta adattabile alle attività rivolte al rilascio della garanzia fideiussoria e alle copie di vari atti, ottenute dagli amministratori delle due imprese nei medesimi tempi e luoghi, e da parte dei medesimi soggetti terzi. Ciò è a dirsi per molte copie di documenti di gara delle due concorrenti, rilasciate previa esibizione dell'originale da parte di amministratori o direttori tecnici delle due società. In siffatte peculiari condizioni anche la ubicazione nello stesso immobile delle sedi delle due concorrenti non appare priva di valore sintomatico. Avuto riguardo alla gravità, precisione, e concordanza di tali elementi si può ritenere provata la compromissione delle garanzie di cui sopra, la cui rigorosa osservanza è indispensabile per assicurare la correttezza della gara e la libera concorrenza tra le imprese. Conseguente è l'illegittimità della ammissione alla gara delle imprese Pa. s.p.a. e B. s.p.a, in base ai principi generali richiamati dall'appellante (indipendenza e segretezza della offerta, libera concorrenza e par condicio), che trovano applicazione a prescindere da una espressa previsione degli atti regolatori della gara”.

Si vedano anche, nello stesso senso, Consiglio di Stato 4[^]
19 luglio 2004 n. 5196 e TAR Catania IV 27 dicembre 2005 n. 2543.

Si veda per la giurisprudenza di segno contrario alla possibilità di disporre l'esclusione per collegamento sostanziale TAR Lazio III 5 Ottobre 2005 n. n. 7833.

[20] TAR Catania III 16 febbraio 2006 n. 234.

<https://www.diritto.it/la-legge-della-regione-siciliana-29-novembre-2005-n-16in-tema-di-appalti-di-lavori-e-conferimento-di-incarichi-di-progettazione-e-gli-atti-di-indirizzo-in-tema-di-trasparenza-delle-gare/>